XII.

Ueber den Vorzug eingeklagter und bis zur Exekutionsinstanz verfolgter Forderungen im Konkurse.

Von Herrn Prof. von Meibom
in Tübingen.

Wenn einmal für das Gebiet des deutschen Handelsrechts die noch immer vergebens erwartete Ergänzung des Handelsgesetzbuchs durch Regelung des kaufmännischen Konkurses eintritt, oder wenn wenigstens für das Gebiet des norddeutschen Bundes nach dem Zustandekommen einer Civilprozeßordnung eine Konkursordnung in Angriff genommen und auf das materielle Konkursrecht erstreckt wird, wie in der Antwort des Bundesraths auf die in der Reichstags-Sitzung vom 18. Oktober 1867 gestellte Interpellation in Aussicht gestellt worden ist, so wird unter Anderem auch die für den Personalkredit nicht unwichtige Frage zum Austrage gebracht werden müssen, ob und in welcher Weise die Gläubiger, welche ihre Forderung vor Ausbruch des Konkurses eingeklagt und in die Exekutionsinstanz verfolgt haben, einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern genießen sollen. Als ein Beitrag zur Beantwortung dieser Frage wollen die nachstehenden Bemerkungen angesehen sein.

I.

Wie entscheidet das gegenwärtige Recht die an die Spitze gestellte Frage?

Von Alters her galt in Deutschland der Grundsatz prior in petitione prior in jure. [1]) Der Gläubiger, welcher im Exekutions- oder Arrestverfahren zuerst die Beschlagnahme eines Vermögensstücks des Schuldners für sich erwirkte, erlangte

1) Meibom Deutsches Pfandrecht. S. 455.

hierdurch das Recht, vorzugsweise vor andern Gläubigern aus dem in Beschlag genommenen Gegenstande befriedigt zu werden.

Durch die Aufnahme des römischen Rechts wurde dieser Grundsatz wenigstens für die im Exekutionsverfahren vollzogene Beschlagnahme nicht geändert. Mag man bei der herrschenden Ansicht beharren, nach welcher der Kläger durch die **pignoris capio ex causa judicati** ein Pfandrecht erlangt, oder mag man der in neuerer Zeit aufgestellten Ansicht folgen, nach welcher die **pignoris capio** den gepfändeten Gegenstand der Innehabung und Verfügung des Schuldners entzieht, ohne dem Gläubiger ein Pfandrecht zu verschaffen [2]): jedenfalls muß man anerkennen, daß nach römischem Recht die im Exekutionswege gepfändete Sache zur Befriedigung des klägerischen Anspruchs vorzugsweise bestimmt ist, so daß weder Chirographargläubiger, noch die nicht privilegirten Pfandgläubiger, deren Pfandrecht nach der Pfändung entstanden ist, daraus ihre Befriedigung erlangen können, bevor der Kläger befriedigt ist.

Auch die Ausbildung des deutschen Konkursverfahrens änderte in materieller Hinsicht nichts an dem Vorzuge der durch Pfändung im Exekutionswege gesicherten Forderungen. In prozessualer Hinsicht wurde aus der Universalität des Konkurses die Folgerung gezogen, daß auch die bereits eingeklagten Forderungen unter Sistirung der Spezial-Exekutionen [3]) im Konkurse anzumelden und rangordnungsmäßig aus der Masse zu befriedigen seien. In Betreff der Rangbestimmung aber blieb das römische Recht in gemeinrechtlicher Geltung. Von der herrschenden Ansicht ausgehend, daß die **pignoris capio** ein Pfandrecht begründe, stellte man die Gläubiger, welche vor dem Konkurse ein **pignus judiciale** erlangt hatten, nach der Zeitfolge der Pfändungen unter die (nicht privilegirten) Hypothekargläubiger.

Eine Aenderung trat erst in neuerer Zeit ein, wo eine Reform des Pfandrechts oder des Konkursrechts unternommen

2) Dernburg Pfandrecht. I. S. 419. Windscheid Pand. I. §. 233.

3) Gegen die Meinung, daß die Spezial-Prozesse überhaupt zu sistiren seien, erklären sich mit Recht Bayer Conc. Proc. Aufl. 4. §. 34, Fuchs Conc. Verf. S. 72, Endemann Civ. Proz. S. 1111.

wurde. Die Partikularrechte entfernten sich von dem gemeinrechtlichen Grundsatze bald mehr, bald weniger, so daß sie hinsichtlich ihrer Stellung zu der vorliegenden Frage in folgende Gruppen zerfallen.

1. In einem Theile von Deutschland hat man die Regel beibehalten, daß durch die pignoris capio ex causa judicati ein Pfandrecht entsteht. Wo das Hypothekenwesen nach dem Grundsatze der Publizität geordnet ist, ergibt sich hieraus die Modifikation, daß bei Immobilien der Zugriff im Exekutionsverfahren nicht unmittelbar das Pfandrecht, sondern nur einen Rechtstitel zur Eintragung im Hypothekenbuche begründet, durch welche das Pfandrecht entsteht. Hierher gehört insbesondere [4]) das sächsische, hessische und österreichische Recht.

In Sachsen konnte nach älterem Rechte an der pfandrechtlichen Wirkung der pignoris capio ex causa judicati um so weniger gezweifelt werden, da sogar der Arrest ein Pfandrecht bewirkte. [5]) Die Prozeß-Ordnung von 1622 [6]) sprach aus:

„Wenn einem . . . die würkliche Hülffe und Einweisung zuerkannt oder durch Befehlch angeordnet wird, überkommt er hierdurch ein pignus judiciale und ein solch dinglich Recht, welches der Priorität und Vorzugs halben von der Zeit an, da er solches erlangt, ebensosehr in Acht zu nehmen, als wenn ihm ein Stück Gutes ausdrücklich verpfändet worden wäre."

Die Erläuterte Prozeß-Ordnung von 1724 [7]) beließ es hierbei, was das Exekutionsverfahren betrifft, während sie dem Arreste die pfandrechtliche Wirkung entzog. Nachdem auch das Exekutionsgesetz vom 28. Februar 1838 hierin nichts geändert hatte, bestimmt das jetzt geltende Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen:

4) Vgl. ferner über Hamburg St. R. 1603. I. 41. §. 6. und Baumeister Hamb. Pr. R. I. 171, 260; über Bremen Erben- und Handfesten-O. 1833. §. 134, 1860. §. 131; über Frankfurt Bender Handb. des Frankf. Priv. R. 1848. §. 73, Handb. des Frankf. Civ. Proz. 1854. §. 84.

5) Const. Sax. 1572. I. 28.

6) Tit. 47. §. 1. (Cod. Aug. I. 1114); vgl. Tit. 39. §. 9.

7) Zu Tit. 39. §§. 5, 10 (Cod. Aug. I. 2468).

§. 487. Wird in dem Hülfsverfahren die Hülfe durch Beschlagnahme einer beweglichen Sache vollstreckt, so entsteht dadurch ein Pfandrecht.

§. 394. Ein Gläubiger, dessen Forderung zur Hülfsvollstreckung geeignet ist, hat, soweit erstere nicht schon durch eine Hypothek gesichert ist, einen gesetzlichen Rechtsgrund zur Eintragung dieser Forderung auf die Grundstücke des Schuldners.“ [8])

Auch in den Großherzoglich- und Herzoglich-sächsischen Ländern, Reuß, Anhalt und Schwarzburg ist anerkannt, daß die Hülfsvollstreckung ein Pfandrecht begründet. [9])

In dem ehemaligen Kurfürstenthum Hessen sprach die althessische Untergerichts-Ordnung von 1732 [10]) aus, daß der im Exekutionsverfahren in die Grundstücke des Schuldners obrigkeitlich immittirte Gläubiger hierdurch „ein pignus praetorium überkommt“, und die Verordnung zur Verbesserung des Justizwesens vom 17. März 1767 [11]) verfügte, indem sie zugleich den von der Untergerichts-Ordnung gebrauchten, inzwischen in der Literatur [12]) gerügten Ausdruck pignus praetorium verbesserte:

„so setzen wir nach denen gemeinen Rechten überall für fest, daß ein pignus judiciale judicati causa captum, welches uneigentlich ein pignus praetorium per immissionem ex primo decreto genannt zu werden pflegt, einem durch gerichtliche Confirmation constituirten pignori publico gleichgeachtet . . . werden soll.“

Da nach hessischem Recht jede Immobiliarexekution durch eine Immission eingeleitet wird, welche durch ein im General-

---

8) Vgl. §. 40 des Ges. vom 6. Nov. 1843 betr. die Grund- und Hypothekenbücher. Heyne Comm. I. 223. Siegmann Comm. 151.

9) Heimbach Lehrb. des part. Privatrechts der zu den O.A.GG. Jena und Zerbst vereinten Länder. §. 211.

10) Art. VI. §. 10 (Kulenkamp Samml. I. 353).

11) §. 26 (Kulenkamp a. a. O. III. 211).

12) Schroeder de natura et effectibus pignoris praetorii atque judicialis, Marb. 1751 p. 172.

Währschafts- und Hypotheken-Buch anzumerkendes Immissionsdekret zur Vollziehung kommt, so ist das richterliche Pfandrecht durch die angeführten Gesetze in Beziehung auf Immobilien allgemein anerkannt. Die Praxis aber erblickt darin eine Anerkennung des pignus judiciale in Beziehung auf alle Vermögensstücke.[13]) Die Fuldaische Konkurs- und Prioritäts-Ordnung vom 3. Mai 1758[14]) spricht „den pignoribus praetoriis alle vorzügliche Rechtsbehelfung . . ., minder nicht der rei judicatae, wenn auch schon die Exekution hierauf dekretirt und vor wirklicher Hülfsvollstreckung ein concursus creditorum erregt worden, ein dingliches Recht oder sonstigen Vorzug" ab. Die Praxis nimmt mit Recht an, daß hierdurch blos das pignus praetorium beseitigt, dagegen das pignus judiciale beibehalten und in Betreff desselben nur ausgesprochen sei, daß dasselbe erst durch die Vollziehung der Hülfsvollstreckung entstehe.[15])

Im Großherzogthum Hessen, wo ehemals das pignus ex causa judicati captum, wenn auch nicht durch gesetzliche Bestimmung,[16]) doch durch die Praxis[17]) anerkannt war, ist durch das Pfandgesetz vom 15. September 1858 verordnet:

„Art. 181. Jedem Gläubiger steht an denjenigen beweglichen Vermögensgegenständen seines Schuldners, deren Pfändung er im Wege der gerichtlichen Hülfsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung erwirkt hat, von dem Augen-

---

13) Erk. des OAG. Kassel 1840 bei Henkel Bem. Rechtsfälle S. 624.

14) Art. IX. §. 4. No. XV. (Kersting Sonderrechte im Kurf. Hessen. S. 71).

15) Erk. des OAG. Berlin 1868 (Entscheid. Bd. I. S. 192).

16) Die Hessen-Darmstädtische Prozeß-Ordnung von 1724, aus welcher die Bestimmungen der Hessen-Kasselschen Untergerichts-Ordnung von 1732 über das Exekutionsverfahren großentheils entlehnt sind, enthält den in Note 10 angeführten Paragraphen der letzteren nicht.

17) Knorr Das Exek. Verfahren. Zweite Ausg. Gießen 1851. S. 26, 45.

blick der Pfändung an das Vorzugsrecht eines Faustpfandgläubigers zu.[18])

Art. 24. Einen gesetzlichen Hypothektitel hat auch jeder Gläubiger wegen der ihm zustehenden Forderung auf diejenigen verhypothecirbaren Vermögensgegenstände seines Schuldners, deren Zwangsveräußerung durch das zuständige Gericht verfügt ist."

In Oesterreich verfügt das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch:

„§. 450. In wiefern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichts-Ordnung."

Die Allgemeine Gerichts-Ordnung vom 1. Mai 1781 aber bestimmt im Kapitel XXXI. in Betreff der Mobiliarexekution:

„§. 341. Auf dieses Gesuch (um Einleitung der Mobiliarexekution) soll der Richter die gerichtliche Pfändung (captio pignorum) verwilligen . . .

§. 342. Der Gerichtsbediente . . . soll . . . dem Beklagten . . . eine Abschrift der verwilligten Pfändung zustellen und die zu pfändenden Güter genau beschreiben; wodurch der Kläger auf solche ein wirkliches Pfandrecht erlangt."

in Betreff der Immobiliarexekution dagegen:

„§. 342. Wenn der Kläger auf ein liegendes Gut die Exekution führen wollte, soll der Richter ihm auf sein Anlangen hierauf das Pfandrecht ertheilen und verwilligen, daß der Spruch oder Vertrag[19]) zu dem Ende der Landtafel oder dem Stadt- oder Grundbuch,[20]) wie es jeden Orts gebräuchig ist, einverleibt werde."

---

18) Nicht ein Pfandrecht, vgl. Art. 5, 170. Aber im Konkurse ein Vorzugsrecht, als ob ein Faustpfandrecht bestände, also das im Art. 200 bestimmte Absonderungsrecht.

19) d. h. der gerichtliche Vertrag, welcher nach §. 298 gleich dem rechtskräftigen Urtheil die Exekution begründet.

20) d. h. der Landtafel bei landtäflichen Gütern, dem Stadtbuche bei städtischen Grundstücken, dem Grundbuche bei sonstigen, z. B. emphyteutischen Grundstücken.

Das richterliche Pfandrecht ist im österreichischen Rechte noch über den gemeinrechtlichen Umfang hinaus erweitert, indem es nicht blos bei der Exekution zur Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile stattfindet, sondern auch bei der in Oesterreich zugelassenen antizipirten Exekution zur Sicherung des Gläubigers während eines in der Hauptsache anhängigen Prozesses.[21]) Auch dann, wenn nach Stellung eines Antrages auf Exekution zur Abwendung derselben eine Sache als Kaution hinterlegt wird, ist diese Sache „von der Zeit ihres Erlags an als ein für die eingeklagte Forderung gerichtlich bestelltes Pfand anzusehen.“ [22])

Den Partikularrechten, welche das gemeinrechtliche pignus judiciale beibehalten haben, ist wenigstens theilweise auch das mecklenburgische Recht beizuzählen. Wie überhaupt die Reform des Pfandrechts in Mecklenburg sich auf die Immobilien beschränkte, so ist auch in Betreff des richterlichen Pfandrechts zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden. Bei Ersteren gilt das pignus in causa judicati captum, [23]) bei Letzteren nicht. Vormals wurde die Immobiliarexekution durch Immission, Taxation und Adjudikation vollzogen, und die Immission gewährte dem Gläubiger ein Pfandrecht mit der Befugniß, die Nutzungen des Grundstücks zu beziehen. [24]) Seit 1812 war die Adjudikation untersagt, und die gleichzeitig erlassene Weisung, „sofort“ zum Verkaufe des Grundstücks zu schreiten, wurde dahin verstanden, daß dem Verkaufe keine Immission vorausgehen solle. [25]) Indem die Gerichte auf das gemeinrechtliche Exekutionsverfahren verwiesen wurden, [26]) konnte

---

21) Haimerl in diesem Archiv. Bd. 35. (1852) S. 423. 428.

22) Justiz-Min.-Verordnung vom 18. Juli 1859. §. 7. (Reichs-Ges.-Bl. 1859. No. 36.)

23) Kamptz Meckl. Civil-Recht. S. 304.

24) Kamptz Meckl. Civil-Prozeß. 1811. §§. 90 bis 92.

25) Trotsche Meckl. Civil-Prozeß. Zweite Ausg. 1853. §. 175. Dritte Ausgabe. 1868. §. 170.

26) Verordnung vom 17. Dez. 1834 §. 1 am Ende. (Reg. Bl. 1835 S. 2.)

der Zweifel entstehen, ob nicht die pignoris capio in Beziehung auf Grundstücke mit der Wirkung stattfinde, einen Rechtstitel zur Eintragung einer Hypothek auf das gepfändete Grundstück zu begründen. Seit der Exekutions-Ordnung vom 30. September 1857 ist diese Frage unzweifelhaft zu verneinen, indem dieselbe verfügt: [27])

„eine Abpfändung der Grundstücke findet nicht statt."

2. Eine zweite Gruppe bilden diejenigen Theile von Deutschland, wo das französische Recht gilt.

Hier findet das römische pignus ex causa judicati captum keine Anwendung. Die Pfändung von Mobilien [28]) und die Beschlagnahme von Immobilien [29]) zum Zweck der Hülfsvollstreckung entzieht den Gegenstand der Verfügung des Schuldners, ohne dem Gläubiger ein Pfandrecht oder Vorzugsrecht (privilège) zu verschaffen. Insbesondere hat die vorgeschriebene Eintragung der Immobiliarbeschlagnahme im Hypothekenbuche oder in einem vom Hypothekenamte geführten besondern Register nicht den Zweck, ein Pfandrecht zu begründen, sondern dient blos dazu, dem gesetzlichen Verbot der Veräußerung in Beschlag genommener Immobilien Wirksamkeit gegen Dritte zu verleihen. [30])

Dagegen ist der Gläubiger, wenn der Schuldner Immobilien besitzt, noch wirksamer als nach römischem Rechte gesichert durch die hypothèque judiciaire, welche demjenigen Gläubiger zusteht, dessen Forderung durch ein gerichtliches Erkenntniß oder durch eine vom Gericht für vollstreckbar erklärte schiedsrichterliche Entscheidung oder durch ein vor Gericht erfolgtes Anerkenntniß (reconnaissance ou vérification) einer Schuldurkunde oder durch die Entscheidung einer Verwaltungs-

---

27) §. 17. (Reg. Bl. 1857. No. 32). Vgl. in Beziehung auf städtische Grundstücke auch Revid. Stadtbuch-Ordnung vom 21. Dez. 1857 §. 12 No. 3.

28) Code de proc. civ. art. 583.

29) Code de proc. civ. art. 673.

30) Code de proc. civ. art. 692 vbd. art. 677, 680, 681. Rheinpreuß. Subhast. O. vom 1. August 1822. §§. 5, 6, 10.

behörde festgestellt ist.[31]) Ohne daß es eines Zugriffes im Exekutionsverfahren oder auch nur einer rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners bedarf, kann der Gläubiger unter den angeführten Voraussetzungen der durch das Gesetz begründeten Hypothek Wirksamkeit gegen Dritte verschaffen, indem er sie im Hypothekenbuche eintragen läßt.[32]) Seine Hypothek ergreift die gegenwärtigen und später erworbenen Immobilien des Schuldners und der Eintrag im Hypothekenbuche ist auch ohne spezielle Bezeichnung der Grundstücke für alle im Bezirk des Hypothekenbewahrers gelegenen Immobilien des Schuldners wirksam. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die hypothèque judiciaire des französischen Rechts in Ansehung des Gegenstandes und der Voraussetzungen von dem pignus judiciale des römischen Rechts völlig verschieden ist,[33]) mit welchem sie nicht einmal geschichtlichen Zusammenhang hat.[34])

Zu dieser Gruppe gehört außer dem Gebiet des rheinisch-französischen Rechts auch das Großherzogthum Baden. Auch hier erzeugt weder die Pfändung von Mobilien noch der Angriff von Immobilien im Exekutionsverfahren ein Pfandrecht, und es ist anerkannt, daß der prozessualen Vorschrift, wonach die Verfügung der Zwangsversteigerung unbeweglicher Güter durch den Ortsvorgesetzten vermittelst Eintrags ins Pfandbuch offenkundig gemacht werden soll,[35]) nicht die Bedeutung beizulegen ist, daß dadurch ein Unterpfandsrecht entstehe.[36]) Die richterliche Hypothek des französischen Rechts, welche bei der Publikation des Badischen Landrechts anfangs nicht aufgenommen wurde,[37]) ist später zugelassen worden.[38])

---

31) Code civil art. 2116, 2117, 2123.

32) Code civil art. 2148.

33) Zachariä (Anschütz) Hdb. des franz. Civilrechts. Bd. II. S. 108. Philippi Hyp. Recht in der preuß. Rheinprovinz. S. 142.

34) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. 39. S. 134.

35) Aus den früheren Prozeß-Ordnungen übergegangen in Proz. O. vom 18. März 1864. §. 925.

36) Reichlin-Melbegg Anleitung zur Führung der Unterpfandsbücher im Großh. Baden. 1847. S. 47.

37) Einf. Edikt II vom 22. Dez. 1809. §. 26.

38) Verordn. vom 8. Mai 1811 (Reg. Bl. No. 13).

3. In einigen Staaten hat man das pignus ex causa judicati captum beseitigt und durch ein privilegium exigendi ersetzt.

Im Königreich Bayern diesseits des Rheins haben diejenigen Gläubiger, denen wegen rechtskräftig entschiedener Forderungen zu deren Vollzug die Immission in die Güter des Schuldners zuerkannt worden ist, einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek durch Eintrag im Hypothekenbuch;[39]) denjenigen Gläubigern aber, welche vermöge richterlichen Erkenntnisses die Auspfändung des Schuldners oder die Immission in dessen Güter wirklich erlangt haben, steht ein Vorzugsrecht in der vierten Klasse der Konkursgläubiger zu.[40]) Durch diese Sätze der Hypothekengesetzgebung von 1822 sind die Bestimmungen des ältern bayerischen Rechts geändert, welche das pignus judiciale des römischen Rechts anerkannten[41]) und auch demjenigen Gläubiger ein Pfandrecht zuschrieben, welchem die Immission in Grundstücke des Schuldners ex causa rei judicatae et executionis mit der Befugniß, die Früchte in Abrechnung auf seine Forderung zu ziehen, ertheilt war.[42]) Da nach der bayerischen Prioritäts-Ordnung das Vorzugsrecht der dritten Klasse denjenigen Gläubigern, welche durch ein Pfand- oder Retentionsrecht gesichert sind, an den von diesem Recht ergriffenen Gegenständen zusteht, das Vorzugsrecht der vierten Klasse aber solchen Gläubigern, welche durch ein derartiges Recht nicht gesichert sind, in der gemeinen Masse zukommt, so ist die Verweisung der Gläubiger, welche die Auspfändung oder Immission erlangt haben, in die vierte Klasse der Konkursgläubiger gleichbedeutend mit der Verneinung des früher ihnen zugeschriebenen Pfandrechts. Bei der Mobiliar-Exekution gewährt demnach der Vollzug der Auspfändung kein

39) Hyp. O. vom 1. Juni 1822 §. 12. No. 12.

40) Prior. O. vom 1. Juni 1822. §. 23. No. 8.

41) Bayr. Landrecht 1756 II. 6. §. 3, §. 6.

42) Bayr. Landrecht 1756 II. 6. §. 11. Bayr. Ger. O. 1753 XVIII. §. 7. „von welcher Zeit (der Immission) an immissus . . . eine legale Hypothek, wenn er dergleichen nicht vorher schon um seine Prätension darauf gehabt, erlangt.“

dingliches Recht an den gepfändeten Gegenständen, sondern ein auf diese Gegenstände nicht eingeschränktes Vorzugsrecht, welchem seine Stelle hinter dem — jetzt aufgehobenen[43]) — Vorzugsrecht der Wechselforderungen angewiesen war. Bei der Immobiliar-Exekution dagegen, welche nach bayerischem Prozeßrecht nicht immer mit der Immission eröffnet wird, indem dem Kläger die Wahl gelassen ist, entweder mit der Immission oder, wenn er sich nicht nach und nach von den Nutzungen befriedigen lassen will, mit dem Verkaufe zu verfahren,[44]) treten ungleiche Wirkungen ein, je nachdem der Kläger den Weg der Immission oder des Verkaufs wählt. Im erstern Falle erlangt er schon durch die Erkennung der Immission[45]) einen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek und durch Eintragung derselben im Hypothekenbuch das den Hypothekargläubigern beigelegte Vorzugsrecht zweiter Klasse, außerdem aber durch den Vollzug der Immission das Vorzugsrecht vierter Klasse, welches auch alsdann stattfindet, wenn kein Eintrag im Hypothekenbuch gemacht ist. Im zweiten Falle entsteht weder eine Hypothek noch ein Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek; das Grundstück wird durch das Erkenntniß auf Subhastation blos für den Kläger in Beschlag genommen und deßhalb an den Besitzer desselben ein Veräußerungsverbot erlassen, welches infolge einer richterlichen Requisition von dem Hypothekenamte im Hypothekenbuche vorzumerken ist.[46])

Dem Vorgange der bayerischen Gesetzgebung folgte zunächst die Württembergische Pfandgesetzgebung von 1825, welche später zu erwähnen sein wird, in neuerer Zeit aber das hannoversche Hypothekengesetz vom 14. Dezember 1864. Dasselbe beseitigt das pignus ex causa judicati captum bei Mobilien und Immobilien[47]) und gewährt bei Letzteren dem

43) Einf. Ges. zur W. Ordnung vom 25. Juli 1850. Art. 10.

44) Seuffert Hdb. des d. Civilprozesses auf der Grundlage der bayr. Gesetzgebung. 2. Aufl. 1858. Bd. IV. S. 313, 323.

45) Abgesehen von der Rechtskraft der Immissionsverfügung, Gönner Comm. zur Bayr. Hypotheken-Ordnung. Aufl. 1. Bd. I. S. 206.

46) Lehner Lehrb. des bayr. Hypothekenrechts. Bd. II. S. 221.

47) Hyp. Ges. 1864 §§. 1, 6, 43. Die Regierungsmotive bemerken

Kläger nicht einmal einen Rechtstitel, die Eintragung einer Hypothek auf die Immobilien des rechtskräftig verurtheilten Schuldners zu fordern.[48]) Dagegen ist den Forderungen, für welche im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sache gepfändet worden ist, ein Vorzugsrecht in der dritten Klasse der Konkursgläubiger, d. h. in der Klasse der bevorzugten Chirographargläubiger beigelegt, welches sich auf die ganze Masse erstreckt, aber nur bis zum Belaufe des Erlöses aus der gepfändeten Sache geltend gemacht werden kann und mit andern Vorzugsrechten derselben Art nach dem Alter der Pfändung rangirt.[49]) Nach dem Sprachgebrauche der hannoverschen Civilprozeßordnung[50]) ist anzunehmen, daß das Vorzugsrecht nicht blos dann eintritt, wenn bewegliche Sachen gepfändet worden sind, sondern auch im Falle der Beschlagnahme oder Pfändung von Immobilien oder Forderungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung.

4. In einigen Staaten endlich ist weder das gemeinrechtliche pignus judiciale anerkannt noch ein privilegium exigendi an die Stelle desselben gesetzt. Hierher gehört das neuere preußische und württembergische Recht.[51])

In Preußen ist das Recht vor und nach der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 zu unterscheiden.

Das Allgemeine Landrecht[52]) hatte verfügt: „Wie im Wege der Exekution ein Pfandrecht entstehe, bestimmt die Prozeß-Ordnung“. Die Allgemeine Gerichts-Ordnung aber be-

---

ausdrücklich, daß durch den §. 6. im Zusammenhang mit dem §. 1 die nach gemeinem Recht durch Verfügung des Richters entstehenden Pfandrechte aufgehoben seien.

48) a. a. O. §. 14.

49) a. a. O. §. 61, No. 5, §. 62.

50) Bürg. Proc. O. vom 8. Nov. 1850 §. 550: „Die Zwangsvollstreckung . . . kann durch Beschlagnahme (Pfändung) beweglicher oder unbeweglicher Sachen, ausstehende (nach Leonhardt Comm. Aufl. 3. S. 368: ausstehender) Forderungen . . . geschehen.“

51) Vgl. auch das nassauische Ges. vom 15. Mai 1851 betr. das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger im Konkurse. §§. 12, 41.

52) A. L. R. I. 20. §. 5.

stimmte hierüber nichts, sondern begnügte sich,[53]) den Gläubigern ein Vorzugsrecht im Konkurs einzuräumen, falls sie wegen rechtskräftig erstrittener Forderungen vor ausgebrochenem Konkurs in die Grundstücke des Gemeinschuldners immittirt worden oder die Versiegelung oder Auspfändung seines Mobiliarvermögens erwirkt haben. Da das Landrecht unterstellt, daß durch die Exekution ein Pfandrecht entstehe, indem sie nur in Betreff des Wie auf die Gerichtsordnung verweist, und da nach Letzterer auch durch die Konkurseröffnung ein Pfandrecht entstehen soll,[54]) so glaubte die Theorie, die Lücke aus dem gemeinen Recht ergänzend, ein richterliches Pfandrecht annehmen und hieraus das Vorzugsrecht im Konkurse erklären zu dürfen.[55]) Auf demselben Standpunkt steht offenbar die Verordnung vom 4. März 1834 §. 22, welche anerkennt, daß die Gläubiger durch solche Erkenntnisse, Vergleiche und Zahlungsverfügungen, aus welchen eine Exekution stattfindet, einen Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner zugehörigen Immobilien erlangen, und hierbei ausdrücklich auf A. L. R. I. 20. §. 5 Bezug nimmt.

Die Konkurs-Ordnung dagegen hob das Vorzugsrecht auf, welches die Gläubiger zufolge der Immission oder Auspfändung genossen.[56]) Die Regierungs-Motive zum Entwurf der Konkurs-Ordnung[57]) führen folgende Gründe für die Aufhebung an: „Gemeinrechtlich findet in solchen Fällen ein wirkliches Pfandrecht, pignus judiciale, statt. Es darf indessen weder ein Pfandrecht, noch ein Vorzugsrecht zugelassen werden. Jede Bevorzugung der creditores immissi ist erhebliche nachtheilige Wirkungen hervorzubringen geeignet. . . . Es wird dadurch ein Drängen der Gläubiger nach Exekutionsvollstreckungen und so gerade der Ruin des Schuldners häufig herbeige-

53) A. G. O. I. 50. §§. 447 bis 449.

54) A. G. O. I. 50. §. 33.

55) Crelinger Die Verordnungen über die Exekution in Civilsachen. 1834. I. S. 84.

56) Konk. O. vom 8. Mai 1855. §§. 72 bis 82.

57) Wentzel und Klose Konk. O. S. 21. Goltdammer Komm. zur Konk. O. Zweite Ausg. S. 216.

führt, der sonst noch zu vermeiden gewesen wäre. Entfernte Gläubiger werden durch andere Gläubiger, welche sich alle möglichen Vortheile ihrer zufälligen Anwesenheit oder ihrer Bekanntschaft mit den Verhältnissen zu nutze machen, ohne ihr Verschulden benachtheiligt. . . . Alle dergleichen Nachtheile lassen sich durch eine Gleichstellung der Gläubiger abwenden; dieselbe ist im Interesse des Kredits dringend geboten; die Vigilanz eines Gläubigers ist für sich allein kein Grund, ihn vor andern Gläubigern zu bevorzugen. Die eingeforderten Gutachten haben sich auch mit wenigen Ausnahmen für den Wegfall des Vorrechts der Immission erklärt."

Wenn die Exekution in Preußen vor der Konkursordnung pfandrechtliche Wirkung hatte, so ist sie jedenfalls durch die Konkurs-Ordnung beseitigt.[58]) Der Vorschrift derselben, daß Exekutionen in das Vermögen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung weder fortgesetzt noch eingeleitet werden können, ist die Beschränkung beigefügt: insofern sie nicht zur Ausübung eines Pfandrechts oder Hypothekenrechts betrieben werden;[59]) es unterliegt aber keinem Zweifel, daß hierbei an ein erst durch die Exekution entstehendes richterliches Pfandrecht nicht zu denken ist.[60]) Nur bei Immobilien gilt auch nach der Konkurs-Ordnung die Regel, daß durch Erkenntnisse, Vergleiche und Zahlungsverfügungen, aus welchen die Exekution stattfindet, ein Titel zur Eintragung einer Hypothek begründet wird.[61])

---

58) Förster Theorie und Praxis des Preuß. Priv. R. III. S. 388.

59) Konk. O. 1855. §. 9.

60) Ein Erkenntniß des O. Tribunals zu Berlin Senat IV von 1860 nimmt an, daß weder die administrative noch die gerichtliche Exekution auf die in Beschlag genommenen Gegenstände ein Pfandrecht begründet, zu dessen Ausübung der Verkauf auch nach demnächstiger Konkurseröffnung gegen den Schuldner behufs abgesonderter Befriedigung des Gläubigers beansprucht werden kann; vgl. Rönne Ergänz. Fünfte Ausgabe. III. S. 542.

61) Einf. Ges. zur Konk. O. 1855. Art. XI. Vgl. die Motive zu Art. XI Nr. 10 bei Wentzel und Klose a. a. O. S. 537. Goltdammer a. a. O. S. 58.

In Württemberg wurde das im älteren Recht anerkannte richterliche Pfandrecht durch das Pfandgesetz vom 15. April 1825 beseitigt [62]) und ausgesprochen, daß die rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners einen Titel zum Eintrag eines Pfandrechts im Unterpfandsbuche nur in dem Fall begründe, daß der Gläubiger vermöge richterlicher Verfügung Sicherheit durch Unterpfänder zu fordern berechtigt sei. [63]) Zugleich wurde den Gläubigern, welche vor entstandenem Konkurs einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl erlangt haben, gleich den Wechselgläubigern, deren Forderungen bisher den Privathypotheken gleichgestellt waren, [64]) das Vorzugsrecht in der vierten Klasse der Konkursgläubiger eingeräumt. [65]) Das zur Einführung des Handelsgesetzbuches erlassene Gesetz hob aber die sämmtlichen Vorzugsrechte der vierten Klasse auf. [66]) Den Anlaß zu dieser Maßregel gaben vorzüglich die Wechsel-Forderungen. Nachdem die Leipziger Konferenz zur Berathung der Wechsel-Ordnung den Wunsch ausgesprochen hatte, daß das in einzelnen Ländern den Wechselforderungen beigelegte Vorzugsrecht im Konkurse nach Einführung der Wechsel-Ordnung abgeschafft werden möge, [67]) brachte die Württembergische Regierung auf dem Landtage von 18⁵⁴/₅₅ einen Entwurf eines revidirten Prioritätsgesetzes ein, wonach die sämmtlichen Vorzugsrechte der vierten Klasse aufgehoben werden sollten. Zur Rechtfertigung dieser Maßregel war in den beigefügten Regierungs-Motiven u. A. bemerkt: „Was insbesondere das aus einem Zahlungsbefehl entspringende Vorzugsrecht betrifft, hängt solches mehr oder weniger von dem zufälligen Umstande größerer oder geringerer Thätigkeit der Ortsvorsteher ab [68]);

---

62) Bolley Comm. zum Württ. Pfandgesetz. I. S. 225. Reyscher Württ. Pr. R. §§. 324, 344.

63) Pfand-Ges. 1825. Art. 27 No. 7, Art. 46.

64) Württ. Wechselgerichts-O. vom 24. März 1759. VII. §. 7.

65) Prioritäts-Ges. 1825. Artikel 13 c.

66) Einf. Ges. vom 13. Aug. 1865. Art. 53.

67) Leipziger Conf. Protokolle, Leipziger Ausg. S. 244.

68) In Württemberg werden die Exekutionen durch die Ortsobrigkeit vollzogen.

es veranlaßt in der Anwendung nicht selten Streit und Zweifel, und außerdem läßt sich nicht wohl rechtfertigen, daß derjenige Gläubiger, vielleicht der älteste, der Nachsicht mit seinem Schuldner hat, einem Verlust ausgesetzt sein soll." [69]) Das beabsichtigte Gesetz kam damals nicht zu Stande, weil die Kammer der Abgeordneten, wiewohl sie gegen die Aufhebung des hier fraglichen Vorzugsrechts nichts einzuwenden hatte, doch der vollständigen Aufhebung der Vorzugsrechte vierter Klasse nicht zustimmte. [70]) Diese Maßregel kam erst bei der Einführung des Handelsgesetzbuchs zur Ausführung auf den Antrag der handelsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten; bei der Motivirung dieses Antrags wurden nur die allgemeinen Bedenken gegen Bevorzugung einzelner Klassen persönlicher Forderungen unter Bezugnahme auf die Motive der preußischen Konkurs-Ordnung geltend gemacht. [71]) Das württembergische Recht geht aber insofern weiter als das preußische, als ersteres in dem vollstreckbaren Urtheil keinen Rechtstitel zur Eintragung eines Unterpfandsrechtes erkennt.

II.

Die vorstehende Zusammenstellung liefert ein Beispiel der Buntscheckigkeit, welche in den deutschen Partikularrechten auch bei solchen Fragen herrscht, die nach den Forderungen der Gerechtigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs überall gleichmäßig geordnet sein könnten, ohne daß landschaftliche berechtigte Eigenthümlichkeiten irgendwie verletzt würden.

Welcher der Wege, die von der bisherigen Gesetzgebung eingeschlagen worden sind, verdient nun den Vorzug?

Am Wenigsten empfiehlt sich die bisher gemeinrechtliche Regel, daß durch die Pfandnahme im Exekutionsverfahren **ein Pfandrecht** oder, wenn es sich um Immobilien handelt, **ein**

---

69) Verhandl. der württ. Kammer der Abgeordneten 18$^{54}/_{55}$. Beilagenband I. S. 117.

70) Ebendas. Protokollband I. S. 858.

71) Verhandl. der württ. Kammer der Abgeordneten 18$^{62}/_{68}$. Beilagenband I. S. 329.

Rechtstitel zur Erlangung eines Pfandrechts durch Eintrag im Hypothekenbuche entstehe. Es ist irrationell, dem Gläubiger, welcher das Schuldverhältniß auf den Personalkredit des Schuldners einging, einen Rechtsanspruch auf Verwandelung desselben in ein Realkreditverhältniß einzuräumen. Was der Gläubiger fordern kann, ist nichts als die schuldige Leistung; also sollte auch die Zwangsvollstreckung nur dazu dienen, dem Gläubiger die schuldige Leistung zu verschaffen, nicht aber dazu, ihm ein Pfandrecht beizulegen, damit er das Schuldverhältniß auf veränderter Grundlage des Kredits fortsetzen könne. So wenig der Schuldner dem Gläubiger Pfand statt Geldes aufdrängen kann, ebensowenig sollte der Gläubiger berechtigt sein, von dem Schuldner Pfand statt Geldes zu begehren.

Man wird einwenden, daß die Einräumung des gerichtlichen Pfandrechts gerade den Zweck habe, dem Gläubiger die schuldige Leistung zu verschaffen, indem sie zunächst sichergestellt, ihre Realisirung aber vorbehalten werde. Aber zu welchem Zwecke wird dieses Mittelglied zwischen die Einleitung des Exekutionsverfahrens und die Erledigung desselben eingeschoben? Daß die Annahme eines Pfandrechts des Klägers für die juristische Konstruktion des Verkaufs der Exekutionsgegenstände unentbehrlich sei, wird Niemand mehr behaupten mögen; die Verkaufsbefugniß ist richtiger aus den Amtsbefugnissen des Gerichts, als aus einem dinglichen Privatrechte des Klägers abzuleiten. Ebensowenig kann man sagen, es sei nöthig, dem Kläger ein Pfandrecht an den Exekutionsobjekten einzuräumen, um ihn bis zum Verkaufe gegen Entfremdung derselben zu sichern. Diese Sicherheit kann ohnehin erreicht werden, indem durch zweckmäßige Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung die Exekutionsobjekte der Verfügung des Schuldners entzogen werden; und wenn einmal gepfändete Mobilien aus dem Gewahrsam des Gerichts rechtswidrig in den Besitz eines Dritten gelangen sollten, so würden sie auf strafgerichtlichem oder strafpolizeilichem Wege wirksamer wieder herbeigeschafft werden, als durch die Pfandklage des Klägers, welche ohnehin gegen den gutgläubigen Besitzer nur in beschränkter Weise stattfände. Endlich

kann man nicht sagen, daß die Zulassung des richterlichen Pfandrechts nöthig sei, um dem Kläger ein Vorzugsrecht vor später auftretenden Gläubigern zu gewähren. Wenn anders die Gesetzgebung ein solches Vorzugsrecht überhaupt anerkennen will, so bieten sich hierzu andere Wege dar, als die Einräumung eines Pfandrechts.

Das richterliche Pfandrecht wird insbesondere in seiner Anwendung auf Immobilien für ein wohlthätiges Institut gehalten, weil es zur Verminderung der verderblichen Zwangsverkäufe beitrage. Ohne Zweifel ist mancher Gläubiger bereit, von der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung abzustehen, wenn er für seine Forderung hypothekarische Sicherheit erlangt. Dasselbe würde aber auch dann der Fall sein, wenn das Institut des richterlichen Pfandrechts nicht anerkannt wäre. Wenn Einverständniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner besteht, so kann die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung durch vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts abgewendet werden. Besteht dagegen kein Einverständniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner, indem Letzterer den sofortigen Zwangsverkauf seinem Interesse angemessener findet, als eine den Zwangsverkauf blos verzögernde und doch nicht abwendende hypothekarische Belastung seines Grundvermögens, so sollte der Gläubiger letztere dem Schuldner nicht wider dessen Willen aufnöthigen können.

Aus diesen Gründen erscheint die Beseitigung des richterlichen Pfandrechts ebenso theoretisch gerechtfertigt wie praktisch unbedenklich. Dieselben Gründe sind auch auf dem Gebiete des französischen Rechts für die Abschaffung der hypothèque judiciaire — neben andern aus der besondern Natur derselben entlehnten Bedenken — geltend gemacht worden.[72]) Die Erwägung aber, welche für die Beibehaltung der hypothèque judiciaire den Ausschlag gegeben zu haben scheint, daß durch

72) Vgl. Mittermaier im Archiv für Civ. Praxis XIX. 163, XXXIII. 463, 466, XXXIV. 418, 422, 425, XXXVI. 301, XXXVIII. 129, 131, XXXIX. 133 ff.; im Auszuge bei Mascher Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. S. 666 ff.

die Aufhebung derselben dem Personalkredit ein gefährlicher Stoß versetzt werden würde,[73]) ist bei unserem gemeinrechtlichen pignus judiciale nicht ebenso zutreffend. Wo französisches Recht gilt, nach welchem die Eintragung einer Hypothek auf Grund eines gerichtlichen Schuldbekenntnisses ohne Prozeß oder Einwilligung des Schuldners erlangt werden kann, mag es richtig sein, daß mancher Gläubiger durch die Möglichkeit, nöthigenfalls leicht eine gerichtliche Hypothek zu erlangen, sich bestimmen läßt, einem Grundbesitzer Personalkredit zu gewähren. Wo dagegen das richterliche Pfandrecht nur im Exekutionswege zu erlangen ist, wird die Möglichkeit, ein solches zu erlangen, schwerlich irgend einen Gläubiger bewegen, einen Personalkredit zu gewähren, den er sonst mit Rücksicht auf die Vermögenslage des Schuldners nicht bewilligt haben würde.

Gibt man das richterliche Pfandrecht auf, so entsteht die Frage, ob es sich empfehle, dasselbe durch ein einfaches Vorzugsrecht im Konkurse zu ersetzen. Für die Abschaffung und gegen die Einführung dieses Vorzugsrechts führt man den Grundsatz der Gleichberechtigung der Chirographargläubiger im Konkurse an. So wenig die frühere Entstehung oder Fälligkeit der Forderung ein Vorzugsrecht begründe, ebensowenig könne der früheren Einklagung derselben oder der früheren Erwirkung einer Verurtheilung, eines Zahlungsbefehls oder einer Auspfändung diese Wirkung beigemessen werden.

Wenn zuzugeben wäre, daß der Gläubiger, welcher bereits die Auspfändung des Schuldners erlangt hat, kein stärkeres Recht habe, als der Gläubiger, welcher in der Verfolgung seines Forderungsrechts noch nicht bis zu diesem Stadium vorgeschritten ist, so wäre allerdings kein Grund ersichtlich, welcher eine Begünstigung des Ersteren vor dem Letzteren rechtfertigte. Die Vigilanz eines Gläubigers, bemerken mit Recht die Motive zur preußischen Konkurs-Ordnung, ist für sich allein kein Grund, ihn vor andern Gläubigern zu bevorzugen. Ueberdies

73) Vgl. z. B. Philippi a. a. O. S. 141 ff. und Zentner Magazin für bad. R. I. 267 ff.

würde man, wenn die Vigilanz für die Rangordnung maßgebend wäre, richtiger die Priorität der Klaganstellung, als die Priorität des Zahlungsbefehls oder der Pfändung entscheiden lassen, da jene von dem Kläger allein abhängt, während der Zeitpunkt der Exekution zugleich von dem Verhalten des Gegners, des Gerichts und der Exekutionsbehörde abhängig ist.

Es ist aber nicht zuzugeben, daß der Gläubiger, welcher bereits die Auspfändung des Schuldners erlangt hat, sich in gleicher Rechtsstellung befinde, wie ein Gläubiger, welcher zur Verfolgung seines Forderungsrechts den Rechtsweg noch nicht betreten oder denselben wenigstens nicht bis zur Auspfändung des Gegners gefördert hat. Wenn auch sein Forderungsrecht an sich nicht stärker und durch die Auspfändung ein Pfandrecht zu demselben nicht hinzugetreten ist, so befindet er sich doch in einer günstigeren prozessualen Lage in Ansehung der Realisirung seines Rechts. Er hat mit dem Vollzuge der Pfändung das prozessuale Recht erworben, aus dem gepfändeten Gegenstand befriedigt zu werden; ein Recht, welches weder der Gegner, noch ein Dritter, etwa ein anderer Gläubiger, beeinträchtigen kann, abgesehen von dem Falle, daß dem Dritten schon zur Zeit der Pfändung ein Recht an dem gepfändeten Gegenstande zustand.

Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Konkursgläubiger kann daher in diesem Falle nicht angerufen werden. Die Gleichberechtigung derselben ist keine absolute. Es liegt in dem Wesen des Personalkredits, daß die Gläubiger, im Vertrauen auf den Wohlstand und die Redlichkeit des Schuldners, ihre Befriedigung erwarten, ohne ihm eine Beschränkung in der Verfügung über sein Vermögen aufzuerlegen. Sie müssen daher, wenn sie genöthigt sind, den Rechtsweg zu betreten, sein Aktivvermögen in der Lage nehmen, in welcher es sich bei dem richterlichen Zugriffe, namentlich bei der Konkurseröffnung befindet. Hat der Schuldner inzwischen einzelne Gläubiger durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt befriedigt oder durch Verpfändung bezüglich ihrer Befriedigung sichergestellt, so befinden sich diese Gläubiger in einer günstigeren Lage, als die übrigen, ohne daß der Grundsatz der Gleichberechtigung be-

Gläubiger dadurch verletzt wird. Nicht anders aber verhält es sich mit denjenigen, welche vor der Eröffnung des Konkurses durch Pfändung den Anspruch auf Befriedigung aus den gepfändeten Gegenständen gegen den Willen des Schuldners erworben haben.

Die Einleitung des Konkurses entzieht den Gläubigern des Gemeinschuldners die vorher erworbenen Rechte nicht. Dies gilt nicht allein von den materiellen Vermögensrechten, sondern auch von den prozessualen Rechten, welche in einem vor dem Konkurse eingeleiteten Rechtsstreit durch Erklärungen oder Versäumnisse des Gegners oder Verfügungen des Gerichts erworben sind. Zu diesen Rechten gehören aber nicht allein diejenigen, welche sich auf die Feststellung und Anerkennung des bestrittenen Rechtes beziehen, sondern auch diejenigen, welche auf die Verwirklichung desselben gerichtet sind, wie das Recht auf Befriedigung aus den gepfändeten Gegenständen. Allerdings ist dieses Recht nach Maßgabe der Prozeßgesetze auszuüben; es ist daher im Konkurse auszuüben, wenn die Gesetzgebung die Regel aufstellt, daß die bei Eröffnung des Konkurses bereits anhängigen Exekutionen nicht fortzusetzen, vielmehr die Gläubiger in den Konkurs zu verweisen und die gepfändeten Gegenstände zur Konkursmasse abzuliefern sind. Hieraus folgt aber nur, daß die bei Eröffnung des Konkurses noch rückständigen Abschnitte der Hülfsvollstreckung in den Konkurs gehören. Dagegen wird den vor dem Konkurse bereits vorgenommenen Hülfsvollstreckungsakten keineswegs die Wirksamkeit entzogen. Es dauert daher das Recht des Gläubigers, aus den für ihn gepfändeten Gegenständen vorzugsweise befriedigt zu werden, auch während des Konkurses fort und gestaltet sich hier zu einem Vorzugsrechte, welches nicht auf einem Privileg, sondern auf der Anwendung allgemeiner Regeln über die Einwirkung des Konkurses auf bestehende Rechtsverhältnisse beruht. Dieser Auffassung entsprechen solche Bestimmungen, wie in dem hannoverschen Hypothekengesetze vom 14. Dezember 1864 [74]) über das fragliche Vorzugsrecht aufgestellt sind.

---

74) Vgl. S. 250 bei Note 49.

Man wird aber noch einen Schritt weiter gehen und die Forderung aufstellen müssen, den Gläubigern, welche vor Eröffnung des Konkurses die Auspfändung erwirkt haben, ein Absonderungsrecht hinsichtlich der gepfändeten Gegenstände beizulegen.

Geht man von dem Grundsatze aus, daß das Konkursverfahren eine General-Exekution ist, so sind als Bestandtheile der Konkursmasse nur diejenigen Bestandtheile des Vermögens des Gemeinschuldners anzusehen, welche bei der Zwangsvollstreckung angegriffen werden dürfen. Ausgeschlossen sind daher diejenigen Vermögensstücke, welche von den Gläubigern deßhalb nicht angegriffen werden können, weil der Schuldner selbst nicht befugt wäre, sie zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Aus diesem Grunde sind diejenigen Vermögensstücke ausgeschlossen, welche, wie z. B. Fideikommisse, im Interesse dritter Personen für unveräußerlich erklärt sind. Aus demselben Grunde aber erscheint es nicht gerechtfertigt, Bestandtheile des Vermögens des Gemeinschuldners, welche vor dem Konkurse auf Betreiben eines Gläubigers gepfändet worden sind, zur Konkursmasse zu ziehen. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn mit der Pfändung ein ausdrückliches Veräußerungsverbot verbunden ist, was einzelne Partikularrechte vorschreiben, z. B. die hannoversche Prozeß-Ordnung §. 550. Dasselbe ist aber auch dann anzunehmen, wenn mit der Pfändung ein ausdrückliches Veräußerungsverbot nicht verbunden ist; denn in dem Pfändungsakte ist stillschweigends die Erklärung des Gerichts enthalten, daß es keine Veränderung der Rechtsstellung des gepfändeten Gegenstandes, wodurch derselbe der Exekution entzogen werden könne, anerkennen werde.[75] Auch abgesehen von diesem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verbote und der daraus sich ergebenden Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Schuldners bewirkt die Pfändung eine thatsächliche Verhinderung desselben, die gepfändeten Gegenstände der Verwendung zur Befriedigung des Gläubigers, für welchen sie gepfändet sind, zu entziehen. Sind bewegliche Sachen durch die

75) Dernburg Pfandrecht. I. S. 419.

Pfändung dem Gewahrsam des Schuldners entzogen, so kann er darüber keine Verfügung treffen, deren Wirksamkeit durch die Tradition bedingt ist. Ist in Betreff gepfändeter Immobilien die Sperre eingetreten, welche die Partikularrechte durch verschiedene Mittel bewirken [76]), so ist der Schuldner verhindert, darüber eine Verfügung zu treffen, deren Wirksamkeit durch den Eintrag in dem von der Sperre betroffenen Grund- oder Hypothekenbuche bedingt ist. Ist die Pfändung von Forderungsrechten des Schuldners dadurch bewirkt, daß dem Schuldner desselben die Zahlung untersagt ist, so kann das Forderungsrecht nicht zur Befriedigung eines anderen Gläubigers, als desjenigen, für welchen die Pfändung vollzogen ist, verwendet werden. In dieser Lage finden die Konkursgläubiger das Vermögen des Gemeinschuldners. Sie können darüber nicht in weiterem Umfange verfügen, als der Gemeinschuldner selbst. Es sollte ihnen daher nicht das Recht zugestanden wer-

---

76) Abgesehen von den Rechten, welche neben der Entstehung des richterlichen Pfandrechts keine weiteren Maßregeln zur Sicherung des Klägers eintreten lassen, findet man folgende Mittel angewendet:

1) Die einstweilige Schließung des Hypothekenbuchs oder Foliums in Betreff des der Zwangsvollstreckung ausgesetzten Grundstücks. Mecklenb. Exekutions-Ordnung vom 30. Sept. 1857. §. 18.

2) Ein Verbot der Veräußerung (Verpfändung) des Grundstücks, und zwar entweder ein gesetzliches Verbot, welches nach verhängter Zwangsvollstreckung in den öffentlichen Büchern angemerkt wird, vgl. oben Note 30, Bad. Landrecht Zusatz 2204ª und Bad. Proz. Ordnung 1864. §§. 925, 932; oder ein im einzelnen Fall vom Richter oder von der Exekutionsbehörde zu erlassendes Verbot, vgl. über Bayern oben Note 46, über Hannover Bürg. Proz. O. 1850. §. 550.

3) Ein Vermerk im Hypothekenbuch, daß die Zwangsvollstreckung eingeleitet sei und spätere Dispositionen für die bisherigen Gläubiger unnachtheilig seien. Preuß. Verordnung vom 4. März 1834 über den Subhastationsprozeß §. 3; vgl. Rönne Ergänzungen und Erläut. Fünfte Ausg. Bd. III. S. 639.

4) In Württemberg ist der Gemeindebehörde, welche zugleich Unterpfands- und Exekutionsbehörde ist, die Berechtigung beigelegt, den Antrag auf eine Verpfändung abzulehnen, wenn sie von Verwilligung dieses Antrags einen Nachtheil für andere gleichberechtigte Gläubiger befürchtet. Verordn. vom 21. Mai 1825. §. 15.

den, die vorher gepfändeten Sachen zur Konkursmasse zu ziehen. Haben sie dieses Recht nicht, so entfällt für den Gläubiger, welcher die Pfändung vor dem Konkurse erlangt hat, die Nöthigung, sich mit seiner Forderung in den Konkurs einzulassen; er kann durch Fortsetzung des Exekutionsverfahrens im Spezial-Prozesse zu seiner Befriedigung gelangen.

Daß diese in der Natur der Sache begründeten Sätze in der bisherigen gemeinrechtlichen Doktrin nicht anerkannt sind, scheint darin seinen Grund zu haben, daß man annahm, durch die Pfändung entstehe ein Pfandrecht, und auf dieses Pfandrecht leide die Regel Anwendung, daß Pfandgläubiger sich in den Konkurs einlassen müssen. Nachdem aber die neuere Gesetzgebung, namentlich das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in Betreff der kaufmännischen Faustpfänder, die preußische Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 in Betreff der Hypotheken [77]) und Faustpfänder und die k. sächsische Konkurs-Novelle vom 8. Juli 1868 in Betreff der Immobiliarpfandrechte [78]) das Absonderungsrecht zugelassen hat, welches in vielen andern Partikularrechten schon von Alters her gilt, [79]) ist es nur ein Fortschritt auf dem hiermit betretenen Wege einer Abschwächung der anziehenden Kraft des Konkurses, wenn auch für diejenigen Gläubiger, welche vor der Konkurseröffnung die Auspfändung des Schuldners erlangt haben, das Absonderungsrecht angenommen wird, gleichviel ob sie durch die Pfändung ein richterliches Pfandrecht erworben haben oder nicht.

Beachtung fordern indessen die Gründe, welche in den Motiven der preußischen Konkurs-Ordnung gegen die Anerkennung eines Vorzugsrechts der gedachten Gläubiger geltend gemacht worden sind und um so mehr gegen die Anerkennung eines Absonderungsrechts derselben geltend gemacht werden könnten. Diese Gründe sind nicht rechtlicher, sondern wirthschaftlicher

---

77) Voranging das preuß. Gesetz vom 28. Dec. 1840.

78) Nach den Regierungs-Motiven zu §§. 1—4 ist von der Festsetzung eines gleichen Absonderungsrechts für die durch ein Faustpfand oder Hilfspfandrecht gesicherten Gläubiger „zur Zeit" noch abgesehen.

79) Eine Zusammenstellung bei Goldschmidt Handb. des Handelsrechts I. S. 923.

Natur. Man besorgt, daß die Gläubiger, wenn sie durch die Exekution ein Vorzugsrecht nach der Reihenfolge der Pfändungen erlangen können, sich hiedurch zur eiligen Beschreitung des Rechtswegs gegen den Schuldner bestimmen lassen möchten, daß mithin die Anerkennung dieses Vorzugsrechts die Zwangsvollstreckungen und Konkurse vermehren würde. Sollte aber diese Besorgniß in der That begründet sein? So lange der Schuldner für zahlungsfähig gilt, wird es keinem Gläubiger einfallen, Klage zu erheben, um sich ein Vorzugsrecht zu sichern; denn er glaubt dessen nicht zu bedürfen, sondern schenkt dem Schuldner noch dasselbe Vertrauen, wie bei Eingehung des Schuldverhältnisses auf Personalkredit. Entstehen aber Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, etwa dadurch, daß er fällige Verbindlichkeiten nicht erfüllt, so werden die Gläubiger gegen ihn auch dann, ja sogar besonders dann andringen, wenn sie durch die Pfändung kein Vorzugsrecht erlangen; sie werden dann bemüht sein, durch Erledigung der Zwangsvollstreckung noch vor Ausbruch des Konkurses ihre Befriedigung zu erlangen. — Ein anderes Bedenken besteht darin, daß die Anerkennung eines durch Auspfändung zu erlangenden Vorzugsrechts eine Begünstigung der am Wohnort des Schuldners einheimischen Gläubiger vor den auswärtigen in sich schließe, daher den Kredit bei Auswärtigen beeinträchtige. Allerdings ist der Einheimische in einer günstigeren Lage als der Auswärtige insofern, als er von dem Vermögensverfall des Schuldners leichter Kenntniß erlangen und die zur Wahrung seines Forderungsrechts nöthigen Maßregeln unverzüglich ergreifen kann. Allein der einheimische Gläubiger genießt diesen Vortheil auch dann, wenn die Auspfändung kein Vorzugsrecht begründet; er kann auch in diesem Falle dem Auswärtigen zuvorkommen, indem er vor Ausbruch des Konkurses Zahlung erhebt oder sich Sachen an Zahlungsstatt abtreten läßt oder im Exekutionswege sich Zahlung verschafft. Es ist daher für Denjenigen, welcher bei Auswärtigen ungedeckten Kredit in Anspruch nimmt, ziemlich gleichgültig, ob die Pfändung ein Vorzugsrecht gewährt oder nicht; die Entscheidung, ob der gesuchte

Kredit zu gewähren sei oder nicht, wird weniger hiervon, als von der Kreditwürdigkeit des Kreditsuchenden abhängen.

Die erhobenen wirthschaftlichen Bedenken sind demnach nicht von großem Belange. Sie werden dadurch ausgeglichen, daß das fragliche Vorzugsrecht oder Absonderungsrecht, da es einem jeden Gläubiger ohne Unterschied des Schuldgrundes zu Gute kommen kann, den Kredit zu stärken geeignet ist. Ebenso unerheblich ist das sittliche Bedenken, welches in Württemberg gegen das Vorzugsrecht geltend gemacht worden ist, daß es eine Prämie der Unbarmherzigkeit des Gläubigers sei. Denn man kann ebensowenig im Allgemeinen behaupten, daß der Gläubiger, welcher seine Forderung mit aller möglichen Strenge und Beschleunigung eintreibt, von verwerflichen Beweggründen geleitet werde, als andererseits behauptet werden kann, daß der Gläubiger, welcher zögert, seine Forderung einzutreiben, durch barmherzige Nachsicht oder andere löbliche Beweggründe bestimmt werde, da vielmehr auch Nachlässigkeit der Grund seiner Säumniß sein kann. Wenn endlich ein Bedenken darin gefunden worden ist, daß der Eintritt des Vorzugsrechts von der größern oder geringern Thätigkeit des Beamten, welchem die Hülfsvollstreckung obliegt, also von einem in Ansehung der Gläubiger zufälligen Umstande abhänge, so ließe sich dasselbe Bedenken auch dagegen erheben, daß der Rang hypothekarischer Forderungen durch die Reihenfolge ihres Eintrags im Pfandbuche bestimmt wird, woran doch Niemand Anstoß nimmt. Das Bedenken verschwindet, wenn man voraussetzt — und der Gesetzgeber muß dies voraussetzen —, daß der Beamte pflichtgemäß handelt. Wenn gegen denselben Schuldner mehrere Anträge auf Pfändung vorliegen, und der Richter die Pfändungen in der Reihenfolge verfügt, in welcher die Anträge angebracht worden sind, der Exekutant aber die Pfändungen in der Reihenfolge ausführt, in welcher die Aufträge ertheilt sind, so bestimmt sich die Priorität der Pfändungen nicht durch den Zufall, sondern durch die Thätigkeit der Gläubiger.

Würde das hier vorgeschlagene Absonderungsrecht anerkannt, so würde es sich ferner empfehlen,

1. dem Gläubiger, welcher die Zwangsvollstreckung erlangt

hat, unter einem angemessenen Rechtsnachtheile [80]) die Pflicht aufzuerlegen, nach Eröffnung des Konkurses dem Konkursgericht oder dem Verwalter der Konkursmasse Anzeige von dem Stande des Exekutionsverfahrens zu machen, damit in demselben das Recht der Masse, insbesondere wegen Ablieferung des etwaigen Ueberschusses, gewahrt werden könne;

2. unter den Voraussetzungen, unter welchen die Anfechtung der innerhalb eines gewissen Zeitraums vor Ausbruch des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen gestattet wird, auch die Anfechtung des durch Auspfändung erlangten Absonderungsrechts zu gestatten, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Auspfändung veranlaßt worden, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers zum Nachtheil anderer Gläubiger beruhen können.

XIII.

Ueber die Rechtsregel: Obligationem ab herede incipere non posse.

Von Herrn Dr. Karl Schmidt,
Gerichts-Assessor in Berlin.

Definition.

Die Wirksamkeit der Obligationen aus letztwilligen Verordnungen beginnt nach dem Tode des Testators, nimmt also vom Erben den Anfang; [1]) dagegen sind die durch Verträge unter Lebenden begründeten Obligationen sofort nach dem Vertragsabschluß wirksam, soweit nicht ihre Wirksamkeit durch Zeit oder Bedingung aufgeschoben ist. [2]) Die Regel, daß Obligatio-

80) Etwa wie in der preuß. Konk. O. 1855. §§. 146. 147.

1) Ulp. XXIII §. 4, Gai. II §. 201 fgg.

2) L. 46 pr. D. de V. O.